

COUR ADMINISTRATIVE

Numéro du rôle : 28871C

Inscrit le 18 juillet 2011

Audience publique du 13 décembre 2011

**Appel formé par
la société anonyme ..., ...
contre
un jugement du tribunal administratif du 8 juin 2011 (n° 27432 du rôle)
dans un litige l'opposant à
deux bulletins d'impôt émis par le bureau d'imposition Sociétés 6
en matière d'impôt sur le revenu des collectivités et d'impôt commercial
communal**

Vu l'acte d'appel, inscrit sous le numéro 28871C du rôle, déposé au greffe de la Cour administrative le 18 juillet 2011 par Maître Jean-Pierre WINANDY, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société anonyme ... S.A., établie et ayant son siège social à ..., inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ..., représentée par « *ses organes en fonction* », dirigé contre un jugement rendu par le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg le 8 juin 2011, l'ayant déboutée de son recours tendant à la réformation, sinon à l'annulation d'un bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités et d'un bulletin de l'impôt commercial communal, les deux visant l'année 2004, et émis par le bureau d'imposition Sociétés 6 en date du 12 août 2009 ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe de la Cour administrative le 15 septembre 2011 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe de la Cour administrative le 17 octobre 2011 par Maître Jean-Pierre WINANDY pour compte de la société ... S.A. ;

Vu les pièces versées en cause et notamment le jugement entrepris ;

Le rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Georges SIMON, en remplacement de Maître Jean-Pierre WINANDY, et Madame le délégué du gouvernement

Monique ADAMS en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 15 novembre 2011.

Suite au dépôt par la société anonyme ... S.A., ci-après dénommée la « *société ...* », de sa déclaration pour l'impôt sur le revenu des collectivités et pour l'impôt commercial communal de l'année 2004, le bureau d'imposition Sociétés 6 du service d'imposition de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par le « *bureau d'imposition* », s'adressa à la société ... par courrier du 29 avril 2009 libellé comme suit :

« En vertu du § 205(3) AO, je vous informe, préalablement à l'imposition, que le bureau Sociétés VI envisage de s'écarter de votre déclaration fiscale sur les points suivants :

- 1. La plus-value et les dividendes en relation avec la participation « ... S.A. » ne sont pas exonérées à hauteur de 22.384.945,2 € (v. annexe)*
- 2. Mise en compte d'une perte reportable de 7.138.280,10 € (2003)*

Je vous prie de formuler vos objections éventuelles pour le 21 mai 2009 au plus tard. Ce délai passé l'imposition sera établie en tenant compte des points ci-dessus ».

En l'absence de prise de position de la part de la société ..., le bureau d'imposition émit le 12 août 2009 à son égard un bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités et un bulletin de l'impôt commercial communal, les deux visant l'année 2004, ci-après désignés par « *les bulletins* ». Le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités comporte la mention suivante : « *L'imposition diffère de la déclaration sur les points suivants : Imposition établie conformément à notre lettre du 29 avril 2009 (...)* ».

Par courrier du 12 novembre 2009, la société ... fit introduire, par l'intermédiaire de son mandataire, une réclamation à l'encontre de ces bulletins auprès du directeur de l'administration des Contributions directes.

Cette réclamation étant restée sans réponse, la société ... fit introduire, par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 29 octobre 2010, un recours contentieux tendant à la réformation, sinon à l'annulation des bulletins.

Par jugement du 8 juin 2011, le tribunal administratif reçut le recours principal en réformation en la forme, mais le rejeta comme n'étant pas fondé et dit qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur le recours subsidiaire en annulation.

Par requête déposée au greffe de la Cour administrative le 18 juillet 2011, la société ... a fait régulièrement relever appel de ce jugement du 8 juin 2011.

A l'appui de son appel, la société ... expose qu'au début de l'exercice 2004, elle aurait détenu, pour un montant ... de 473.273.403,70 euros, 3.723.347 actions de la société de droit français ... S.A., ci-après désignée la « *société ...* », et que le prix d'acquisition de ces actions aurait été partiellement financé par un emprunt de l'ordre de 395.000.000 euros, sur base d'un taux d'intérêt de 2,15%. Ce portefeuille de titres de la société ... aurait suffi aux conditions pour être qualifié de participation conformément à l'article 166 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, en abrégé « *LIR* ».

Elle précise que le 22 avril 2004 elle aurait cédé 3.673.000 de ces actions, et, ensuite, en date du 2 août 2004, 128 actions supplémentaires, opération qui aurait entraîné une plus-

value globale de 35.830.317,44 euros. Elle aurait par ailleurs touché au cours de l'exercice 2004 un dividende de la part de la société ... d'un montant de 303.583,03 euros.

L'appelante déclare qu'il aurait été établi lors d'une discussion avec l'inspecteur du bureau d'imposition que pour l'exercice 2004, le montant des charges déductibles reportables sur la plus-value s'élèverait à 7.933.680 euros et que les dépenses en rapport avec la participation dans la société ..., autres que les dépenses d'intérêt débiteurs, seraient fixées au montant de 9.731.613,50 euros. Ledit inspecteur aurait encore estimé que les intérêts payés au titre de l'emprunt relatif à l'acquisition des titres dans la société ... et non déductibles devraient être calculés sur la période s'étalant du 1^{er} janvier 2004 jusqu'au 2 août 2004, soit correspondraient à un montant de 5.025.698,63 euros, de manière à inclure la totalité des intérêts courus pendant cette même période nonobstant le fait qu'elle aurait cédé le 22 avril 2004 environ 98,65% de sa participation dans la société

La société ... explique alors que ce serait cette position de l'inspecteur du bureau d'imposition relative à la non-déduction des intérêts relatifs à l'emprunt susvisé courus entre le 22 avril et le 2 août 2004 qui aurait été contestée par elle à travers sa réclamation du 12 novembre 2009 et qui représenterait également l'objet du recours sous examen.

Par rapport au jugement entrepris du 8 juin 2011, l'appelante considère que les premiers juges auraient admis à juste titre le principe de l'absence d'une relation économique entre les intérêts courus du chef de l'emprunt en cause et les revenus exonérés à partir du moment où les actions de la société ... avaient été cédées et le prix de cession encaissé, mais qu'elle ne pourrait pas partager leur conclusion sur le défaut de la preuve de la cession effective des actions litigieuses en dates des 22 avril et 2 août 2004 et de celle de la réception du prix de cession.

Relativement à la première cession du 22 avril 2004, l'appelante renvoie à une « *share option transaction* » conclue avec la société ... le 26 juin 2003 portant sur 3.673.000 actions et qui prévoyait dans son article 5 la possibilité d'une levée anticipée de l'option de vente, faculté qu'elle aurait mise à profit par courrier du 15 avril 2004 à la société ... prévoyant expressément qu'elle allait lever ladite option et lui céder, en date du 22 avril 2004, 3.673.000 actions de la société ... au prix ... de 502.664.625,12 euros, montant qu'elle aurait perçu à la même date du 22 avril 2004, comme documenté par l'avis afférent de sa banque. D'après l'appelante, la seconde cession du 2 août 2004 de 128 actions à la société ... serait documentée par l'accord de cession afférent et par un extrait de compte bancaire.

Ensuite, l'appelante rappelle qu'elle aurait financé l'acquisition des 3.723.347 actions de la société ... au prix de 473.273.403,70 euros par un emprunt de 395.000.000 euros, lequel correspondrait partant à l'acquisition d'environ 3.109.348 actions. Au vu de la cession de 98,65% de la participation en date du 22 avril 2004, l'appelante estime que, même si on refusait de reconnaître l'affectation de la totalité de l'emprunt aux titres cédés le 22 avril 2004, seule la fraction des intérêts débiteurs rattachable aux actions restantes, i.e. 1,35% de la participation initiale, devrait être considérée comme non déductible pour la période du 23 avril au 2 août 2004. Elle estime que la question de l'affectation économique du produit de cession des deux ventes d'actions serait dénuée de tout lien avec la question de la déductibilité des intérêts. Finalement, elle précise que le remboursement de l'emprunt litigieux aurait eu lieu le 12 octobre 2004, cette opération étant également documentée par un extrait de compte bancaire soumis en cause.

L'Etat rétorque en rappelant qu'au vœu de l'article 59 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, la preuve des faits libérant de l'obligation fiscale incomberait à l'appelante et en affirmant que cette

dernière resterait, malgré la soumission de nouvelles pièces, en défaut de démontrer à suffisance de droit le caractère déductible des intérêts payés après le 22 avril 2004, faute de verser les actes de cession afférents aux deux ventes de titres. L'Etat considère encore que l'appelante ne fournirait pas non plus des indications concernant la nature des cessions, privées ou boursières, l'utilisation du produit des deux cessions et le remboursement de l'emprunt litigieux. L'Etat soulève finalement la question de la raison d'être des intérêts payés après le 22 avril 2004 si l'on considère que l'emprunt ayant servi à l'acquisition des actions de la société ... aurait été remboursé et liquidé à la même date au moyen du produit de vente de ces mêmes actions.

Les premiers juges ont correctement situé le cadre juridique de l'objet du litige sous examen en se référant à la disposition générale de l'article 45 (2) LIR, aux termes duquel *« ne sont pas déductibles les dépenses d'exploitation qui sont en connexion économique avec des revenus exonérés »*, ainsi qu'à la disposition spécifique, dans le cadre du régime dit des sociétés mères et filiales, de l'article 166 (5), n° 1 LIR, tel qu'applicable à l'année fiscale 2004, au vœu duquel *« dans la mesure où un revenu est exonéré en application de l'alinéa 1^{er}, ne sont pas déductibles : 1. les dépenses d'exploitation en relation directe avec ce revenu »*.

Liminairement, la Cour constate, tout comme les premiers juges, qu'en l'espèce, les parties sont en accord pour retenir que la participation en cause de 3.723.347 actions de la société ... détenue par l'appelante au début de l'année 2004 rentrait dans le champ de l'article 166 LIR, de manière que les revenus courants et ceux provenant de la cession de cette participation sont à considérer comme des revenus exonérés au sens de l'article 166 LIR, conformément à la ventilation effectuée par le bureau d'imposition.

De même, les parties sont en accord que l'emprunt litigieux à hauteur de 395.000.000 euros a été contracté pour financer, du moins en partie, l'acquisition de la participation dans la société ..., de sorte que les intérêts débiteurs en raison dudit emprunt étaient en relation directe avec des revenus exonérés jusqu'au 22 avril 2004 et étaient partant à considérer, dans cette mesure, comme des dépenses d'exploitation non déductibles au vœu des articles 45 (2) et 166 (5) n° 1 LIR.

Par contre, le litige entre parties porte essentiellement sur le traitement fiscal des intérêts débiteurs relatifs au prédit emprunt payés entre le 22 avril et le 2 août 2004, que l'appelante entend déduire intégralement, sinon à concurrence de 98,65% à titre de dépenses d'exploitation.

Les premiers juges ont rejeté la prétention de l'appelante sur base du défaut par elle de leur avoir soumis des pièces justificatives suffisantes relatives respectivement à l'exécution de la levée d'option et à l'accord sur la cession des 128 titres restants, qui auraient été de nature à permettre ainsi de déterminer, d'une part, à quelle date le transfert des actions a effectivement eu lieu et partant de retenir à quelle date les actions sont sorties du patrimoine de l'appelante, et de retracer, d'autre part, à quelle date le prix de cession a effectivement été encaissé. Ils estimaient que ce n'est qu'à partir du moment où les titres sont sortis du patrimoine de la société ... et que le prix de la cession a été encaissé que les intérêts débiteurs du prêt litigieux, accrus dans la suite, peuvent être considérés comme ayant perdu leur relation économique avec les revenus exonérés dégagés par la participation dans la société

En instance d'appel, la société ... a versé en cause des pièces supplémentaires lesquelles permettent, ensemble avec les pièces déjà soumises aux premiers juges, de retracer la réalité des opérations en cause.

Ainsi, par « *share option transaction* » du 26 juin 2003, la société ..., encore sous son ancienne dénomination ..., et la société de droit luxembourgeois ... s'étaient conféré mutuellement des options respectivement « *put* » et « *call* » sur la participation de 3.673.000 actions de la société ... détenue par la société ... valables jusqu'au 25 avril 2004, l'article 5 (1) de cette convention ayant réservé à cette dernière le droit de lever son option anticipativement. A travers une notice du 15 avril 2004 à la société ..., la société ... a usé de ce droit d'une levée anticipée de son option et a invité la société ... de payer le prix de cession de 502.664.625,12 euros pour les 3.673.000 actions de la société ... avec valeur au 22 avril 2004 par virement sur son compte bancaire y indiqué contre transfert des titres le même jour vers le dépôt-titres de la société ... auprès de la même banque. Un « *avis d'opéré* » émis par la banque de la société ... et versé en instance d'appel au dossier documente le paiement, par la société ..., du montant de 502.664.625,12 euros en raison de cette « *share option transaction* ».

Ensuite, il se dégage d'un échange de courriers entre la société ... et la société ... que les parties se sont mises d'accord sur la cession de 128 actions de la société ... par la première à la seconde et que le prix de la cession était à payer avec valeur au 2 août 2004 contre mise à disposition des titres pour la même date. Le paiement de cette acquisition de 128 actions est documenté par un extrait de compte certifiant le paiement du montant de 210.261,12 euros par la société ... en date du 2 août 2004 en raison de cette cession.

Il ressort enfin des pièces du dossier qu'un remboursement en capital et intérêts pour un montant ... de 397.959.767,61 euros relatif au prêt litigieux a été effectué par la société ... en date du 12 octobre 2004.

La Cour estime que l'ensemble de ces pièces soumises en cause en première instance et en instance d'appel documente à suffisance de droit et de fait la réalité des deux cessions des actions de la société ... et du remboursement de l'emprunt contracté afin de financer l'acquisition de la participation dans la société ..., de manière que l'argumentation étatique tenant à l'absence de preuves suffisantes de la réalité et de la nature de ces opérations est à rejeter.

Relativement au traitement fiscal des intérêts débiteurs litigieux dans le cadre posé par ces opérations, il y a lieu d'admettre, en l'absence d'une indication par l'appelante qu'elle aurait séparé les actions financées par des fonds propres de celles acquises au moyen de l'emprunt susvisé et cédé séparément des parties de ces actions, que ledit emprunt se trouve en relation économique avec l'ensemble des 3.723.347 actions de la société ... détenues au début de l'année 2004 par l'appelante, de manière que les éléments en cause ne permettent pas de conclure que l'appelante aurait cédé le 22 avril 2004 prioritairement l'intégralité des actions financées par l'emprunt litigieux et seulement une partie des actions financées par des fonds propres.

En outre, lorsqu'un emprunt contracté, dans le cadre d'une entreprise commerciale, industrielle, minière ou artisanale, afin de financer l'acquisition d'un bien déterminé est maintenu après que ce dernier a été aliéné sans que le produit de l'aliénation ne soit affecté au remboursement de l'emprunt, celui-ci perd, à partir du moment de l'aliénation, sa relation causale avec le bien en question et doit être considéré, en l'absence de toute opération particulière effectuée par le contribuable, comme servant au financement général de l'activité imposable de l'entreprise. Partant, si le bien en question a généré des revenus exonérés de l'impôt sur le revenu et qu'en conséquence, les intérêts débiteurs du chef de cet emprunt n'étaient pas déductibles durant la période de détention du bien pour avoir été en relation causale avec des revenus exonérés, les intérêts débiteurs échus après l'aliénation du

bien sont à qualifier de dépenses d'exploitation ne se trouvant plus en relation causale avec des revenus exonérés et partant déductibles conformément à l'article 45 (1) LIR.

Par voie de conséquence, en l'espèce, les intérêts débiteurs litigieux, au taux constant en cause de 2,15%, sont intégralement non déductibles pour la seule période du 1^{er} janvier au 22 avril 2004, soit 113 jours par rapport à une année bissextile comprenant 366 jours, à hauteur de $(395.000.000 \times 2,15\% \times 113/366 =) 2.622.001,37$ euros.

Pour la période suivante du 23 avril au 2 août 2004, soit 102 jours, l'appelante ne détenait plus que 50.347 actions de la société ..., soit $(50.347 / 3.723.347 =) 1,35\%$ de la participation initiale, de manière que les intérêts débiteurs échus pour cette période n'étaient à considérer comme non déductibles que dans la même proportion de 1,35%. Ainsi, le montant d'intérêts non déductibles pour cette période s'élève à $(395.000.000 \times 2,15\% \times 1,35\% \times 102/366 =) 31.951,29$ euros.

Concernant les autres 98,65% des intérêts échus entre le 23 avril et le 2 août 2004 et l'intégralité des intérêts échus ensuite jusqu'au 12 octobre 2004, date de remboursement de l'emprunt litigieux, il y a lieu de conclure qu'ils sont à qualifier comme dépenses d'exploitation déductibles au sens de l'article 45 (1) LIR, étant donné qu'il ne se dégage pas des éléments en cause que ledit emprunt aurait été spécialement réaffecté à la réalisation de revenus exonérés d'impôt.

Il découle de ces développements que l'appel est fondé et que le jugement entrepris est à réformer, sur base notamment des éléments nouveaux soumis en instance d'appel, en ce sens que, par réformation des bulletins entrepris, le montant des intérêts non déductibles du chef de l'emprunt litigieux est à ramener du montant de 5.025.698,63 euros retenu par le bureau d'imposition au montant de $(2.622.001,37 + 31.951,29 =) 2.653.952,66$ euros.

PAR CES MOTIFS

la Cour administrative, statuant à l'égard de toutes les parties en cause,

reçoit l'appel du 18 juillet 2011 en la forme,

au fond, le déclare partiellement justifié,

partant, réforme le jugement entrepris en ce sens que le recours de l'appelante est partiellement fondé et que, par réformation des bulletins entrepris, le montant des intérêts non déductibles du chef de l'emprunt litigieux est à ramener du montant de 5.025.698,63 euros retenu par le bureau d'imposition au montant de $(2.629.184,93 + 32.038,83 =) 2.653.952,66$ euros,

rejette l'appel pour le surplus,

renvoie l'affaire devant le directeur de l'administration des Contributions directes en vue de sa transmission au bureau d'imposition compétent aux fins d'exécution,

condamne l'Etat aux dépens des deux instances.

Ainsi délibéré et jugé par:

Francis DELAPORTE, vice-président,

Serge SCHROEDER, conseiller,

Lynn SPIELMANN, conseiller,

et lu à l'audience publique du 13 décembre 2011 au local ordinaire des audiences de la Cour par le vice-président, en présence de la greffière de la Cour Anne-Marie WILTZIUS.

s. WILTZIUS

s. DELAPORTE